

Revista Crítica Penal y Poder

2017, nº 12

Marzo (pp. 109-125)

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



PROCESOS DE CONSTITUCIÓN DEL SISTEMA PENAL JUVENIL URUGUAYO. ¿PARADIGMAS HÍBRIDOS?¹

*PROCESSES OF CONSTITUTION OF THE URUGUAYAN JUVENILE CRIMINAL SYSTEM.
¿HYBRIDS PARADIGMS?*

Laura López Gallego

Universidad de la República (Uruguay)

RESUMEN

En este artículo el análisis se centra en la adolescencia como un espacio particularizado de control socio-penal a través de los dispositivos que históricamente han constituido al sistema penal juvenil uruguayo. Las prácticas de control socio-penal componen un campo heterogéneo compuesto por una multiplicidad de vectores, que muestran las formas que tienen las personas de ser juzgadas y/o tratadas en función de sus desvíos a la normativa penal imperante en un determinado contexto socio-histórico. Configuran así, prácticas sociales concretas en términos de daño, responsabilidad, castigo y/o pena (Foucault, 1991). Los debates actuales han puesto en tela de juicio las concepciones sobre crimen y criminal que encierran los sistemas penales juveniles, coincidiendo en la necesaria inclusión de un plano social más amplio que intente desplegar las racionalidades políticas y sociales que se derivan en los procesos de criminalización de los y las adolescentes. Las nociones de responsabilidad penal y peligrosidad son claves para comprender la hibridación de paradigmas vigente en el sistema penal juvenil uruguayo.

¹ El presente artículo surge de algunas de las reflexiones que vertí en el capítulo 1. Aproximación Socio-Histórica a las Prácticas de Control Socio-Penal de la tesis doctoral “Prácticas de control socio-penal. Dispositivo Psi Pericial y Adolescentes Mujeres en el Sistema Penal Juvenil Uruguayo” presentada en enero de 2016 en la Universitat Autònoma de Barcelona.

Palabras clave: sistema penal juvenil uruguayo, responsabilidad, peligrosidad, reflexividad.

ABSTRACT

In this paper, the analysis focuses on adolescence as a particularized space of social criminal control through devices that have historically constituted the Uruguayan juvenile criminal system. Social criminal control practices make up a heterogeneous field composed of a multiplicity of vectors which show the ways in which people are tried and/or treated according to their departures from the prevailing criminal law in a particularly socio-historical context. They set concrete social practices in terms of damage, liability, punishment and/or penalty (Foucault, 1991). The debates have challenged conceptions about crime and criminal enclosing in the Juvenil Criminal Systems, agreeing on the necessary inclusion of a broader social level that attempt to spread the political rationalities that result in the processes criminalization with teenagers. The notions of criminal responsibility and dangerousness are key to understanding the hybridization paradigms current in the Uruguayan Juvenile Criminal System.

Key words: uruguayan juvenil criminal system, responsibility, dangerousness, reflexivity.

1. Introducción. La vigencia de contextualizar socio-históricamente los sistemas penales juveniles en el Uruguay actual.

La apuesta por contextualizar socio-históricamente las prácticas de control socio-penal, dirigidas a niños, niñas y adolescentes (NNA) requiere de estrategias de mapeo singulares en torno a sus procesos de constitución. Al referirme a los procesos de constitución pretendo comprender e incorporar la historicidad de los fenómenos sociales como una forma de aproximación respetuosa y provisional. “Es más, se puede considerar que todo fenómeno social lleva incorporada la memoria de las relaciones sociales que lo instituyeron como tal y que han quedado sedimentadas en su seno” (Ibáñez 2001, 219).

Para ello, ensayo una versión propia de un pasado –situada en un presente particular– que me permita identificar qué prácticas, discursos, tecnologías ha utilizado el sistema penal juvenil uruguayo (SPJU) para ensamblar y configurar los diferentes dispositivos de control socio-penal de la adolescencia. Dispositivos que creo tienen vigencia en las prácticas de control socio-penal en el Uruguay del siglo XXI.

Entiendo a las prácticas de control socio-penal como un campo heterogéneo, compuesto por una multiplicidad de vectores que muestran las formas que tienen las personas de ser juzgadas y/o tratadas en función de sus desvíos a la normativa penal imperante en un

determinado contexto socio-histórico. Configuran así prácticas sociales concretas en términos de daño, responsabilidad, castigo y/o pena, que “creo son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas” (Foucault 1991, 17).

En este artículo el interés lo centro en la adolescencia como un espacio particularizado del control socio-penal, a través de los dispositivos que componen el sistema penal juvenil uruguayo (SPJU), caracterizado y diferenciado en sus finalidades por el carácter educativo de la pena. Éste se subdivide en tres subsistemas: 1. el policial vinculado a la captación, 2. el judicial relacionado a la administración de justicia y 3. el de ejecución, compuesto de dos órbitas: la estatal –Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescentes (INISA)– y la no gubernamental –diversas organizaciones no gubernamentales–.

Leopold (2014) advierte acerca de que la construcción sociohistórica de la infancia/adolescencia no se configura en términos unívocos, aunque muchas veces las diferencias queden invisibilizadas. La noción moderna de infancia puede dividirse en niños, niñas y menores. Aquellos que no accedan o permanecen en la escuela constituirán el *producto residual* de la infancia y les serán reservados otros espacios de control: internados, cárceles, hospitales (García Méndez 1994). La historia de la infancia “minorizada” puede ser pensada como la historia de las tecnologías punitivo-asistenciales que se construyeron para su tratamiento y abordaje.

Según Fernández (1993), la particularización de la infancia deja en invisibilidad dos inscripciones fundamentales: los diferentes modos de ser niño/a en tanto que clase social y las diferencias entre ser niño y niña en tanto que relaciones entre los géneros. La “invención de la niña”, como ella denomina este proceso, supone considerar en primer término que la/s niña/s son una producción socio-histórica y “lo que es más complejo aun, no todas las niñas de una sociedad se inscriben en similares prácticas de niñez ni tampoco responden a un universo de significaciones común” (p. 11). En segundo término, es importante considerar las relaciones entre niñez y niña, dado que “el universo semántico y social de la niñez omite las particularidades de la niña, en tanto suele tomar como modelo al niño” (p. 12).

El siglo de los niños (Fessler, 2008) comporta determinadas características en lo que hace a sus niñas y adolescentes mujeres. Si bien gran parte de lo planteado en los siguientes apartados acerca del control socio-penal es compartido por niños, niñas y adolescentes, el modelo tutelar impondrá a sus *menores mujeres* un plus de control vinculado a las instituciones religiosas. El establecimiento de “casa correccionales” en Latinoamérica se da de la mano de la Congregación del Buen Pastor, la cual signa la tendencia del modelo conventual y de claustro para el abordaje de las “mujeres desviadas”. Los ejes centrales estarán en la preparación de las mujeres para la vida doméstica y/o la servidumbre, a través de la desvinculación de las niñas del contexto familiar y la atribución de potencial delito a la pobreza, la vagancia y/ o el abandono. (Aguirre 2008; Galeotti 2013).

2. Acerca de una doctrina en “situación irregular”. El Código del Niño, 1934.

Durante las décadas finales del siglo XIX y las iniciales del siglo XX se suscitan alertas en forma regular acerca del crecimiento de la delincuencia infantil, en términos de amenaza y/o peligro social, lo que motiva ideas de reeducación y regulación jurídica. En materia legal se concreta en el año 1899 el primer Tribunal de Menores en la ciudad de Chicago, tendencia que en poco tiempo se expande por Europa y América Latina, para llegar al Uruguay en el año 1934 (Fessler 2008).

Estas tendencias, enmarcadas en transformaciones importantes acerca de la infancia y adolescencia y pensando a ambas como categorías operantes en un complejo proceso de construcción social, conforman el modelo «proteccionista-salvacionista» comprendido en la llamada *Doctrina de la Situación Irregular*. Modelo hegemónico en el control socio-penal de la infancia-adolescencia hasta entrada la década del 60, cuando comienzan a producirse algunos cuestionamientos que más adelante precisaré (García Méndez 1991).

Los grandes pensadores de estas reformas jurídicas, influenciados por la ciencia positivista de la época, marcaron una tendencia a medicalizar los problemas sociales. Así se fue configurando la certeza de una niñez maleable, situando al delito como un “síntoma” de un estado de peligro en el que se encontraba el *menor*, ya no más niño o niña (Fessler 2008; García Méndez 1991, 1994). La categoría menor opera como sub-categoría de la infancia y refiere a todos aquellos productos excedentes de la misma; en un principio vinculados a la escuela, pero luego se incorporarán otros sujetos vulnerados en función de su situación económica, familiar, racial, de género, entre otras cosas. La niñez marginada del sistema escolar se transforma en sinónimo de peligro, abandono moral y/o infracción a la ley penal. Las palabras *niño* o *niña* son preservadas así de toda cuestión delictiva gracias a la categoría *menor*, que permite la dualidad de sentidos y la clasificación operativa de la niñez y adolescencia.

Tendría que ser expresamente eliminada la cuestión del discernimiento, debiendo el delito de menores no ser considerado en sí mismo como un hecho punible sino como un reflejo del entorno social, y en consecuencia las medidas aplicables a los mismos debían de ser de carácter tutelar y educativo. En consonancia, no se someterían a consideración la infracción sino la situación y las características del menor, investigando su personalidad, las condiciones familiares y sociales. (Fessler 2008, 16).

Estos preceptos que trastocan las lógicas clásicas del derecho penal –carácter retributivo de la pena, posibilidad de discernimiento acerca de las consecuencias de sus actos, la tipicidad de la conducta, el principio de legalidad²– conforman al decir de García Méndez (1994) un nuevo pacto de caballeros entre las corporaciones médicas y juristas, donde la protección se asocia indisolublemente a la incapacidad. De esta manera, los/las menores serían

² Estos principios, que se corresponden al sistema penal de adultos, precisan que la persona haya cometido un conducta que encuadre en un tipo de delito penal preestablecido para dar curso a un proceso penal. El sujeto imputado debe poder comprender el carácter ilícito de su acto y la pena debe ser proporcional al mal causado.

considerados sujetos débiles para quienes la protección no es un derecho sino una imposición.

De ahí que si el término salvacionismo remite a las «buenas conciencias e in-tenciones» (argumentos contra los cuales resulta difícil oponer una racionalidad basada en la justicia o una justicia basada en la racionalidad), el término proteccionismo recoge toda la ambigüedad que se deriva del programa de la escuela de la Defensa Social³. Protección de la niñez, subordinada a la protección de la sociedad. (García Méndez 1991, 126).

El complejo tutelar, como lo denomina Donzelot (2008), focaliza en la construcción de esos niños *en peligro de convertirse en peligrosos*, a través de una infraestructura de prevención apoyada en saberes psiquiátricos, psicoanalíticos y sociológicos fundamentalmente. El objetivo privilegiado, la infancia patologizada, comparte un doble registro: la infancia en peligro porque no tuvo las condiciones óptimas de crianza y educación, y la infancia peligrosa, vinculada a la delincuencia.

En este marco la función del Tribunal de Menores tiene que ver más con examinar personas que delitos. El proceso de instrucción judicial versa sobre la personalidad del menor y no sobre los hechos jurídicos. El Juez que anteriormente utilizaba el discernimiento como elemento para decidir, delega y comparte su poder con el médico –el psiquiatra generalmente– quien va a informar respecto a la personalidad del *menor* y su capacidad para discernir acerca de las consecuencias de sus actos. La tensión que se da entre el derecho penal de autor versus el derecho penal de acto, que aún hoy tiene vigencia como debate, coloniza los sistemas penales juveniles.

Desmaterialización del delito, que sitúa al menor en un dispositivo de instrucción interminable, de sentencia perpetua (...) El espíritu de las leyes sobre la infancia delincuente y predelincuente exige que sea tenida en consideración, más que la materialidad de los hechos reprochados, su valor sintomático, lo que revelan en cuanto al temperamento del menor, al valor de su medio de origen”. (Donzelot 2008, 108).

En este contexto societal, este modelo “proteccionista-salvacionista” se plasma jurídicamente en Uruguay en el año 1934 con la aprobación del Código del Niño; hito de la llamada Doctrina de la Situación Irregular, *una doctrina en situación irregular*. Parece importante analizar algunos elementos de la doctrina a la luz del Código del Niño del Uruguay (Ley No. 9.342, 1934):

- se constituye en un código exclusivamente pensado para la niñez y adolescencia que se diferencia del código penal en sus procedimientos y concepciones, creando una institucionalidad de amplias potestades en las políticas rectoras de la niñez, el

³ Baratta (2004) trabaja la noción de Defensa Social desde el término ideología para referirse a la falsa conciencia que legitima que algunas instituciones crean realizar funciones diversas a las que realmente ejercen. Así la ideología de la defensa social se basará en una serie de principios. Por ejemplo, el Principio del fin o la prevención sostendrá que la pena no solo sirve de retribución sino también de prevención, en la medida que genera una contramotivación al comportamiento criminal y que ejerce la función de resocializar al delincuente. Otro principio es el del interés social y del delito natural, para el que los intereses protegidos por el derecho penal son comunes a todas las personas y definidos por los códigos de naciones civilizadas que los aplican por igual a todos sus ciudadanos.

Consejo del Niño, “entidad dirigente de todo lo relativo a la vida y bienestar de los menores desde su gestación hasta la mayoría de edad” (art. 1)

- se instaura la inimputabilidad, “Los menores de 18 años de edad que cometan delitos o faltas y los menores de 21 años de edad que se encuentren en estado de abandono moral o material, serán puestos a disposición del Juez Letrado de Menores” (art. 119), eliminando la cuestión del discernimiento como criterio decisorio del Juez, en el sentido de capacidad de conciencia acerca de las consecuencias de sus actos;
- se construye un marco jurídico que considera en términos de igualdad a los *menores abandonados moral o materialmente* y a los que cometen una infracción a la ley penal, ya que el abandono es considerado una forma de peligrosidad sin delito y el delito como un accidente en la vida del menor. Esto legitima un modelo tutelar que confunde abandono e infracción dentro de una ideología de protección y control socio-penal que ignora algunas garantías del derecho penal clásico como ser el principio de legalidad, que implica que la persona haya efectivamente cometido una infracción a la ley penal;
- se estipula una sentencia indeterminada, argumentando que el tratamiento judicial es como el tratamiento médico, es decir, no se puede prever cómo el menor va a responder al tratamiento “educativo”. De esta forma queda en manos del Magistrado la posibilidad de administración arbitraria de la pena, en función de un discurso legitimador médico-pedagógico;
- se construye la figura de un juez especial que debe “ejecutar todos los demás actos que fuesen pertinentes para la protección de menores, como lo haría un buen padre de familia” (art. 113). Fessler (2008) plantea a través del estudio de las discusiones parlamentarias de la época, que se evidencia la supremacía de las doctrinas científicas (sobre todo medicina y psicología) que priorizan la figura de un doctor orientador más que las de un abogado para ocupar el cargo de Juez de Menores. Finalmente se salda la discusión en la figura de un abogado que debe actuar y preferentemente ser un *buen padre de familia*. Es de destacar la importante colaboración de médicos en la redacción del CN (Ley No. 9.342, 1934);
- se posibilita que la intervención judicial se argumente y respalde en el informe de los técnicos, máximos entendidos en cuestiones de infancia. “El menor en todos los casos será sometido al examen del médico psiquiatra, o si no fuese posible, de un médico calificado, quien informará al Juez de Menores dentro de las 48 horas sobre el estado físico y psíquico del menor” (art. 119) La búsqueda de patologías en los menores será clave en una doctrina fuertemente medicalizante.

Erosa (2000) explicita cómo el CN (Ley No. 9.342, 1934) construye punitivamente el abandono, utilizando la tutela en dos sentidos bien diferenciados: por un lado vinculada a la

protección y compasión de la niñez y por otro, vinculado a la defensa social –se protege a la sociedad protegiéndola de sus niños–.

Esa realidad construida socialmente –el abandono– al ser confrontada con la realidad fáctica –a partir de una distinta conceptualización de abandono– desnuda la selectividad del sistema que institucionaliza y criminaliza exclusivamente aquel abandono vinculado a la pobreza. Es que el enfoque tutelar no se puede librar de la vertiente de la defensa social. El componente positivista de la doctrina tutelar determina que el institucionalizado y criminalizado termine siendo aquel individuo que es definido como peligroso, explícita o implícitamente, en virtud de darse en su vida los “factores etiológicos del delito. (Erosa 2000, 143).

Los criterios de selectividad que se utilizan en el abandono son asimilables a los criterios de selectividad de los sistemas penales. En este marco, la concepción de abandono de la perspectiva tutelar va más allá de la *peligrosidad sin delito* para operar en el campo de la infracción adolescente, incidiendo en la magnitud del control socio-penal a aplicarse. Es decir, habrá mayor pena para quienes más abandonados estén; la triste paradoja de un sistema que pretende salvar a los NNA. Juristas uruguayos han señalado que el CN (Ley No. 9.342, 1934) podría haber sido declarado inconstitucional en el mismo momento de su promulgación por violar la Constitución uruguaya en lo que hace al principio de igualdad ante la ley, al tomar como objetos de intervención “menores en estado de peligro” que no han cometido infracciones a la ley penal (Erosa 2000; Schurmann Pacheco 1990). “El delincuente sobre todo el niño, no es más el infractor comprobado de la Ley, sino toda una categoría de sujetos débiles a quienes los instrumentos científicos permiten exactamente detectar como potenciales delincuentes” (García Méndez 1991, 133).

Debieron pasar 70 años antes de que este marco normativo fuera superado por uno nuevo, el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley No. 17.823, 2004) y, aun superado en términos jurídicos, las prácticas tutelares que se sedimentaron durante tantos años fueron muy difíciles de transformar y superar a través de la sola implementación de otros marcos legales.

3. La Doctrina de la Protección Integral. La apuesta local: el Código de la Niñez y Adolescencia (2004).

El siglo XX, también llamado el siglo de los niños (Fessler 2008), genera un modelo tutelar sostenido en la Doctrina de la Situación Irregular, que es hegemónico en América Latina hasta entrados los años 80. Si bien desde la década del 60 la sociedad civil organizada y algunos movimientos sociales comenzaron a pensar la infancia y adolescencia como potencial sujeto de derechos, habrá que esperar hasta la década del 90 para que esas concepciones impregnen el mundo jurídico y tomen cuerpo en la denominada Doctrina de la Protección Integral (Beloff 2001; García Méndez 1994).

La Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, ratificada en Uruguay en el año 1990 a través de la Ley 16.137 (Ley No. 16.137, 1990), constituye la primera norma

internacional obligatoria que asume la Doctrina de la Protección Integral. Precedida y sucedida por otras normativas internacionales⁴, constituye “un hito en el cambio de concepción del niño, al que reconoce como titular de derechos propios y ya no de intereses que terceros se encargan de proteger en forma paternal” (Malet 2008, 38).

En esta normativa las concepciones claves de *ser sujeto de derechos e interés superior del niño* implican que los NNA son configurados como sujetos en desarrollo, no incapaces o incompletos, que gozan de los mismos derechos que el resto de las personas, más un *plus* que tiene que ver con la situación de su crecimiento. En este sentido, algunos juristas alertan acerca de que la conquista de derechos para la infancia y adolescencia no signifique una equiparación a los adultos, como el caso de Estados Unidos, sino que se preserve la especificidad de un sistema de justicia juvenil basado en la Doctrina de la Protección Integral (Beloff 2000, 2001).

Las garantías del debido proceso no son suficientes cuando se trata de adolescentes, eso solo conlleva a tratarlo como adulto, sin advertir que la especialidad surge justamente de una concepción temporal del ser humano como tal, que deberá apreciarse según su tiempo y en un contexto de integralidad con respecto a sus Derechos y a las variables que lo caracterizan de acuerdo a su desarrollo, provocando así un cambio necesario dentro de la operativa institucional que conduzca hacia la efectiva validez de la norma. (Gómez Heguy 2008, 35-36).

En Uruguay habrán de pasar 14 años antes de que se pueda solucionar la ambigüedad jurídica que creó la ratificación de la Convención en relación al Código del Niño (Ley No. 9.342, 1934) que era la ley vigente en ese momento. Recién en 2004 se aprueba el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) que, con algunas dificultades, intenta combatir el antagonismo de los modelos operantes. Desde 2004 hasta la actualidad, el CNA (Ley No. 17.823, 2004) ha sido foco de debate. El aumento de la punición es el centro de la discusión y se han efectuado modificaciones en la línea de aumentar la severidad de las penas. En julio de 2011 se aprobó la Ley No. 18.777 que modifica algunos artículos del CNA (Ley No. 17.823, 2004). Por ejemplo, cabe resaltar que creó un registro de antecedentes para algunos delitos cometidos por adolescentes: la “tentativa de hurto” pasó a ser una figura penal y aumentó el plazo de las medidas cautelares de 60 a 90 días. En esa misma línea, en enero de 2013 se aprobó la Ley No. 19.055 que para los delitos gravísimos cometidos por adolescentes entre 15 y 17 años determinó una pena mínima de 12 meses de privación de libertad, lo que ha conducido a un crecimiento importante de la población de adolescentes privadas de libertad. Uruguay es uno de los últimos países en aprobar una nueva normativa, tardando más de una década en pensarse, escribirse, debatirse, para finalmente aprobarse. Como señalé anteriormente, desde su aprobación está permanentemente sujeta a propuestas

4 Hacemos referencia a 3 instrumentos básicos: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Jóvenes Privados de Libertad (1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas Riyadh, 1990).

de modificación que van en la línea de equiparar el sistema penal juvenil al sistema penal de adultos, lo que llevaría a perder cualquier especificidad.

Ahora bien, la propuesta analítica es pensar algunas de las normativas jurídicas que introduce en el debate el Código de la Niñez y Adolescencia (2004) en relación a la Doctrina de la Protección Integral:

- el principio de legalidad establece una diferencia que separa el abandono de la infracción. “El adolescente imputado de haber cometido una infracción a la ley penal, será juzgado por los jueces competentes en conformidad a los procedimientos especiales establecidos por este Código” (art. 74, Ley No. 17.823. Código de la Niñez y Adolescencia, 2004). De esta forma, adopta un modelo garantista que preserva los derechos de los NNA sometidos a un juicio penal, haciendo especial énfasis en que solo puede iniciarse si la conducta infractora encuadra en la previsión de un tipo penal preestablecido;
- el principio de oportunidad reglada prevé que se puedan encontrar soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva en casos que el tipo y la magnitud del conflicto lo amerite. “El adolescente tiene derecho a que se prescinda del procedimiento cuando, por la característica del hecho o por la naturaleza del bien jurídico agredido, no se justifica la prosecución de la acción” (art. 74, Ley No. 17.823. Código de la Niñez y Adolescencia, 2004);
- la inimputabilidad se coloca por debajo de 18 años y se establece como mínimo para ser responsable penalmente la edad de 13 años. En este marco la inimputabilidad se refiere a la prohibición de someterlos al sistema penal de adultos, pero son imputables en un sistema penal juvenil a partir de los 13 años;
- la pena, de forma eufemística y con un resabio tutelar importante, se la llama medida socioeducativa. “Todas las medidas que se adopten conforme a lo establecido en el numeral 12) del [artículo 76](#), se podrán complementar con el apoyo de técnicos, tendrán carácter educativo, procurarán la asunción de responsabilidad del adolescente y buscarán fortalecer el respeto del mismo por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros como asimismo, el robustecimiento de los vínculos familiares y sociales” (art. 79). Se explicita el carácter educativo de la medida vinculado a la asunción de responsabilidad, noción clave en los sistemas de justicia juvenil;
- la privación de libertad debe ser la sanción alternativa y excepcional. En el artículo 87 se establece que “Las medidas privativas de libertad no son obligatorias para el Juez. Se aplicarán cuando configurándose los requisitos legales no existan otras medidas adecuadas dentro de las no privativas de libertad. El Juez fundamentará los motivos de la no aplicación de otras medidas. Se tendrá en consideración el derecho del adolescente a vivir con su familia y, en caso que proceda la separación, a mantener contacto permanente con la familia, pareja, amigos, referentes afectivos y otros, si ellos no fueren perjudiciales para el mismo” (Ley No. 17823, 2004). Es decir, la privación de libertad en adolescente debe ser una medida excepcional, en

consonancia con un derecho penal mínimo, dado que se reconoce la violencia que el sistema penal genera a través de la aplicación de una medida de tal envergadura. “Cuando la reacción estatal coactiva (...) va a ser mayor que la violencia que pretende prevenir, entonces no existe allí ninguna justificación posible para que se ponga en marcha un sistema de responsabilidad penal juvenil” (Beloff 2001, 6);

- el espacio de control socio-penal concedido a los técnicos, en tanto que auxiliares del Juez, continúa siendo prioritario. Si bien se postula un derecho penal que juzga actos, no personas, el artículo 71 dice (Relación causal): “Sólo puede ser sometido a proceso especial regulado por este Código el adolescente a quien se le puede atribuir material y psicológicamente un hecho constitutivo de infracción a la ley penal”. Esto tensiona el debate acerca de lo que implica la atribución psicológica de una infracción penal, la atribución material y psicológica son entendidas como variables separadas;
- la peligrosidad, la mentada noción de la doctrina de la situación irregular, está presente. Como lo expresa Carlos Uriarte (2005), tenemos el triste lastre de ser el único país de América Latina que desde el CDN (1990), incluye a la peligrosidad entre sus artículos. En el artículo 91 se expresa que: “En situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”. La peligrosidad así aparece de la mano de la seguridad de la población, herencia defensiva de la que no es fácil librarse.

Por lo antedicho, la posibilidad de materializar a través de un marco jurídico un nuevo paradigma de concepción y abordaje de la niñez y adolescencia constituye tan solo un paso de un largo camino a recorrer. “No es posible sobrestimar la función de la ley ni subestimarla como históricamente se hizo en nuestra región, que estuvo al margen de la legalidad por décadas” (Beloff 2000, 77).

4. Discusión final. Acerca de la responsabilidad penal en los sistemas penales juveniles y la hibridación de paradigmas.

En el campo jurídico y pensado en un sentido restringido, la responsabilidad tiene que ver con las posibilidades de las personas de responder por las consecuencias de determinadas acciones emprendidas. Esto conlleva por lo menos dos presupuestos: que la persona es capaz de actuar intencionalmente y que la acción es tan solo una de las posibilidades de ejecución que se le presentan (Pitch 2003). Al complejizar el enfoque, la responsabilidad se puede pensar en relación a la cuestión criminal en términos de la relación entre delito, sujeto y sociedad, en tanto que corresponsabilidad entre actor y sociedad y desde una tradición crítica en términos de la selectividad de los sistemas penales, también responsables (Baratta, 2004).

En consecuencia, la responsabilidad limitada del delincuente implica una responsabilidad “social” más extensa, pesada y articulada, en el sentido doble de que el delito tiene “causas sociales” y de que la “sociedad” tiene, entonces, la obligación de asumir la responsabilidad por las consecuencias del delito y por la remoción de sus causas. (Pitch 2003, 73).

Los debates acerca de la responsabilidad en los sistemas penales juveniles, se complejizan por las *responsabilidades limitadas evolutivamente*, en la justicia penal adolescente existen otros elementos a considerar que sitúan una racionalidad en desarrollo imbricada en una huella histórica de tutela y defensa social que ha situado a los y las adolescentes como irresponsables. Según Cabezas Salmerón (2008) el paso de un modelo de Justicia Juvenil Tutelar a uno basado en la noción de *responsabilidad*, implica el reconocimiento de derechos pero también la exigencia de responsabilidades. La cuestión principal para este autor será establecer a qué tipo de responsabilidades nos estamos refiriendo. Se puede pensar la responsabilidad exclusivamente como imputabilidad, es decir vinculada a la sanción penal, o en el curso de una medida judicial cuyo carácter fundamental es educativo, como la posibilidad de asumir las consecuencias de los actos e integrar determinados conceptos valorativos del sistema social. En este sentido la responsabilidad está vinculada a la capacidad de responsabilidad penal y su relación con la capacidad de culpabilidad, en términos de la posibilidad de comprender la ilicitud de los delitos y la capacidad de adecuación de la conducta a esta comprensión (Cabezas Salmerón 2008).

Como muchos autores expresan (Beloff 2000; García Méndez 1991, 2004; Uriarte 2005), la noción de responsabilidad es un eje central de los nuevos sistemas de justicia penal juvenil. Los adolescentes son penalmente inimputables, es decir, no están sujetos a la normativa del sistema penal adulto, pero son *penalmente responsables* respondiendo frente a una legislación especial y por lo tanto, correspondiéndoles penas llamadas *medidas socioeducativas* según el CNA. García Méndez (2004) aclara que la responsabilidad penal adolescente se distingue de la imputabilidad penal adulta en tres puntos: el primero de ellos está vinculado a los mecanismos procesales, el segundo tiene que ver con el monto o magnitud de la penas -en el caso de los adolescentes, llamadas *medidas socioeducativas*- y el tercero con el espacio físico donde se cumple la pena.

En esta misma línea, Beloff (2000) compara los sistemas jurídicos preconvención con los actuales en relación a la noción de responsabilidad:

[...] el sistema preconvención era el sistema de la irresponsabilidad: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada, pero que funcionaba como una profecía que se autocumplía porque era incapacitante de todos los involucrados. Incapacitante de la familia pobre; del Estado -que de paso justificó así su omisión en la implementación de las políticas adecuadas-; y de los adolescentes que cometían delitos y no respondían formalmente por ellos (p. 78).

En tal marco, la noción de culpabilidad y de imputabilidad se relacionan estrechamente con la responsabilidad penal adolescente, siendo “la trilogía conceptual sobre la que se fundamenta el derecho penal general, culpabilidad, imputabilidad y responsabilidad” (Castañède 2009, 280). Este sujeto con capacidad para responder por lo que hace se caracteriza por su racionalidad e individualidad. En este marco jurídico los sentidos de la responsabilidad se restringen. Por una parte, las relaciones entre responsabilidad y

culpabilidad pueden ser entendidas como nociones intercambiables en el SPJU y, por otra parte, determinadas construcciones arraigadas en la psicología y el psicoanálisis confluyen para que la responsabilidad se limite a los sentimientos de culpa/culpabilidad por la infracción cometida. De esta forma, la responsabilidad es entendida como la capacidad de autorreproche que un sujeto muestre (Rose 1998).

Con respecto a esta línea de pensamiento, Padilla (2012) advierte acerca de las consecuencias de los sentidos restrictivos de la responsabilidad en el ámbito jurídico donde se la asimila a la noción jurídica de culpabilidad normativa, último elemento de averiguación de la teoría del delito, empobreciendo el trabajo de los/as operadores técnicos⁵ y jurídicos que enfocan su trabajo en la reprobación por el acto infraccional, una suerte de *culpabilizadores* de sujetos. La teoría del delito establece pasos de averiguación para determinar si existe o no el acto infraccional: primero si la conducta es típica —si se encuentra dentro de los tipos penales establecidos por ley—, luego si es antijurídica —es decir, no tiene que estar justificada por ninguna permisión jurídica, por ejemplo legítima defensa— y por último, si es culpable en términos normativos. La culpabilidad normativa es lo que une la conducta al autor de la misma, a través de examinar si dicho autor no se encuentra eximido por razones de inimputabilidad —si es capaz de comprender el ilícito y tener la capacidad de adaptar su conducta a dicha comprensión de las normas jurídicas, por lo que se le puede exigir conducta diversa—. Por lo tanto su conducta es *reprobable* (Padilla 2012).

Esta perspectiva del derecho penal se denomina finalista, en tanto que conceptualiza a una persona consciente de los efectos de sus comportamientos, con capacidad de prever las consecuencias de sus actos. Su vigencia data del siglo XX y se contrapone a las teorías causalísticas que dividían al delito en componentes objetivos y subjetivos y la culpabilidad se encontraba entre los últimos. Era una culpabilidad atada a las causas psicológicas del sujeto en función de la motivación y el determinismo psicológico de su acto. La unicidad entre acto y actor es característica de este marco jurídico, en la que la inteligibilidad del acto estará en función de su determinismo psicológico (Cubells 2002; Foucault, 2000). A partir del siglo XX se modifica dicha teoría y la culpabilidad se pretende liberar de elementos subjetivos, pasando a ser entendida como reprobación pura del acto. En relación a esta lectura de la responsabilidad como culpabilidad normativa, Uriarte (2005) establece que en los marcos normativos del SPJU existe una ausencia de la culpabilidad como noción, la que es pensada a través de la responsabilidad. “Sin perjuicio, a partir de la palabra responsabilidad puede concluirse que el Código consagra el principio de culpabilidad” (Uriarte 2005, 58).

La responsabilidad se transforma en un juicio de reprobación por parte del Estado, o si se quiere de la sociedad, lo cual responde a un acuerdo normativo e imperativo. Lejos de ser, entonces, una noción construida en el campo singular del delito cometido, ya que no

⁵ Me refiero a psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras y educadores que trabajan en el marco de las medidas socioeducativas.

participan en dicha construcción conceptual ni el adolescente autor de acto infraccional, ni la persona ofendida, ni el servicio, ni la comunidad, etcétera. Por lo tanto, en dicho trabajo, alerta acerca de los riesgos de extrapolar tal noción sin críticas ni adaptaciones, bajo una lectura puramente jurídica, al campo inmanente de las prácticas en un servicio de medidas socioeducativas. Y destaca que en el plano de las prácticas las acciones merecen singularización y una lectura situacional, por lo tanto en dicho campo la noción de responsabilidad no debería limitarse a su versión jurídica. (López Gallego, & Padilla 2013, 77).

En acuerdo con esta línea de pensamiento, surge la necesidad de rescatar un lugar de sujeto, podemos decir *sujeto de derecho*, que pueda pensar la responsabilidad de una forma más amplia. Esto es, como un proceso de dignificación y comprensión de derechos que nos han vulnerado a nosotros y derechos que nosotros hemos vulnerado a otros, un proceso recíproco e indisociable. Winnicott (1993) relaciona la responsabilidad con la capacidad para preocuparse por un otro; lo piensa en términos de un proceso que implica interesarse o preocuparse por un objeto externo, un otro independiente, lo que conduce a ser capaz de sentir y aceptar la responsabilidad.

Ahora bien, en un contexto de garantismo penal, la noción de responsabilidad es fundamental para limitar/encuadrar la respuesta punitiva estatal, respuesta teñida de un historial de discrecionalidad y tutelaje en el abordaje de los problemas de la niñez y adolescencia. Un juicio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad permite que los NNA gocen de garantías constitucionales que los anteriores marcos normativos no tenían, al estar inspirados en la doctrina de la situación irregular.

García Méndez (2004) afirma que la responsabilidad permite hablar de sujetos inimputables pero penalmente responsables — según nuestra legislación desde los 13 a los 17 años podemos decir que son imputables bajo una normativa específica el CNA (2004)— . La responsabilidad penal es clave para distinguir entre la impunidad y la inimputabilidad, conceptos bien diferentes que muchas veces aparecen como sinónimos. García Méndez (2004) insiste en que la responsabilidad sea de carácter penal, entendida como contraria a la impunidad, dado que es necesario contrarrestar modelos anteriores, salvacionistas y tutelares, que se basaban en la incapacidad evolutiva de los NNA. En este marco, a través de esta noción se intenta que las características personales de los NNA puedan dejarse de lado, de modo de despatologizar a los NNA, para que puedan dejar de ser culpables por lo que son, pudiendo serlo sólo por sus acciones.

La condición de imputable de un individuo se legitima muchas veces con sus características personales, no siendo éstas sin embargo el factor decisivo que explica una condición que es esencialmente jurídica. Los menores de 18 años que son sujetos en desarrollo para la psicología evolutiva, resultan en última instancia inimputables por una decisión política del legislador y no por sus características de tipo personal, por más que éstas sean reconocidas por la psicología evolutiva u otras disciplinas conexas. (García Méndez 2004, 191).

Nuevamente la tensión acto-actor es eje de discusión y debate en el SPJU. La Doctrina de la Protección Integral que se plasma jurídicamente en el Uruguay en el CNA en el año 2004, formula un derecho penal focalizado en el acto, como forma de garantizar que los y las adolescentes sean *sujetos de derechos* y no *objetos de tutela*. Ahora bien, como lo mencioné anteriormente, el CNA contiene entre sus artículos uno consagrado a la

peligrosidad, noción paradigmática de la Doctrina de la Situación Irregular. La noción de peligrosidad, lastre de la defensa social, postula un modelo determinista y causalista de las personas y sus comportamientos. La paradoja de la peligrosidad es la siguiente: el criminal se vuelve más responsable cuanto más determinado psicosocialmente esté. Por otra parte, los operadores técnicos y jurídicos se convierten en predictores de comportamientos futuros de los y las adolescentes.

En los últimos años, la peligrosidad se ha transformado en el marco de los sistemas penales. Pitch (2003) sostiene que ha perdido algunas de sus características biologicistas pero adquiere otras que la vuelven maleable y extrapolable. “Funciona como categoría residual: todo lo que no es apto para ser sujeto a tratamiento o rehabilitación es, por esta razón, peligroso” (p. 55). Esta “nueva” peligrosidad se presenta asociada al riesgo que a su vez se vincula a sectores poblacionales; en este caso, adolescentes infractores pobres (Vicentín 2006).

La peligrosidad, así entendida, recibe múltiples objeciones: desde cuestionamientos científicos acerca de la fiabilidad de los métodos utilizados para averiguar y comprobar los síntomas de peligrosidad, hasta críticas al carácter La peligrosidad, así entendida, recibe múltiples objeciones; desde cuestionamientos científicos acerca de la fiabilidad de los métodos utilizados para averiguar y comprobar los síntomas de peligrosidad, hasta críticas al carácter de lo probabilístico de su enfoque y su naturaleza incierta, alegando que no puede haber una certeza matemática sobre si el individuo cometerá un delito a futuro. Otras formulaciones críticas versan sobre las categorías de sujeto que esta noción promueve, en términos de saber-poder y gubernamentalidad. Pero más allá de las críticas, no podemos negar su impregnación en los discursos y las prácticas de la Justicia Penal Adolescente. (López Gallego y Padilla 2013, 87).

En este sentido, y atendiendo al recorrido analítico formulado en términos de procesos de constitución del sistema penal juvenil uruguayo, sostengo que existe una tensión entre la Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral, siendo la responsabilidad y la peligrosidad dos nociones que operan en simultáneo, un híbrido de paradigmas que habilita intervenciones tanto garantistas como tutelares. No parece existir la posibilidad de una doctrina pura sino que en la mixtura de ambas se configura el funcionamiento del actual SPJU.

Por lo cual si bien entendemos que en el proceso judicial de determinación del delito constituye una garantía procesal para los adolescentes el asociar la noción de responsabilidad penal al criterio de culpabilidad, lo cual velaría por un juicio menos discrecional, también creemos que el criterio o noción de responsabilidad debería ser pensado en término plurales, diferenciando su sentido en las distintas fases del proceso. Porque lo que puede operar como una garantía del proceso en determinada fase de determinación de la culpabilidad y adjudicación de la medida, puede constituirse en una imposibilidad a la hora de trabajar con el adolescente sobre el proceso de responsabilización, si se pretende que éste verse sobre el acto únicamente, lectura que se pretende “objetiva” y que incluso puede ser cuestionada dentro del propio proceso de determinación del delito (Padilla, 2012). Sin embargo, lo que nos interesa proponer es que

sería interesante, entonces, problematizar tal noción y construir diversos sentidos sobre la responsabilidad, que no necesariamente remitan a criterios de peligrosidad, sino a una construcción colectiva junto con el adolescente donde pueda significar el acto en el contexto de su vida. (López Gallego y Padilla 2013, 92).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, C. (2008): Denle duro que no siente: Poder y transgresión en el Perú Republicano, Perú, Pedagógico San Marcos.
- BARATTA, A. (2004): Criminología crítica y crítica del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídica-penal, Buenos Aires, Siglo XXI.
- BELOFF, M. (2000): Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos, en Justicia y Derechos del Niño, 2, 77-89. Recuperado de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos2.pdf (acceso: 13 de octubre de 2013)
- BELOFF, M. (2001): Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. Recuperado de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf (acceso: 19 de octubre de 2014)
- CABEZAS SALMERÓN, J. (2008): Reevaluación crítica del concepto de responsabilidad penal del menor: Posicionamientos sociales, Barcelona, Área sistema penal, Jóvenes y Menores OSPDH, Universidad de Barcelona.
- CASTAIGNEDE, J. (2009): La responsabilidad penal del menor en el derecho francés: La preocupante evolución del concepto, en Eguzkilore, 23, 279-286.
- CUBELLS, J. (2002): La construcción social del delito: un estudio etnográfico en la práctica del Derecho Penal (Tesis doctoral), Universitat Autònoma de Barcelona. Recuperado de <http://www.tdx.cesca.es/handle/10803/5425> (acceso: 13 de mayo de 2010)
- DONZELOT, J. (2008): La policía de las familias, Buenos Aires, Nueva Visión.
- EROSA, H. (2000): La construcción punitiva del abandono, en Justicia y Derechos del Niño, 2, 139-158.
- FERNÁNDEZ, A. (1993): La invención de la niña, Buenos Aires, UNICEF-XEROX.
- FESSLER, D. (2008): El siglo de los niños, en D. Fessler & C. Gómez Heguy (Comps.), Sistema Penal Juvenil, Montevideo, CIEJ.
- FOUCAULT, M. (1991): La verdad y las formas jurídicas, Barcelona, Gedisa. (Trabajo original publicado en 1978).

- FOUCAULT, M. (2000): Los anormales: Curso en el Collège de France (1974-1975). Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- GALEOTTI, R. (2013):: Adolescentes infractoras: discursos y prácticas del sistema penal juvenil uruguayo, Montevideo, Psicolibros-Waslala.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1991): Niño abandonado, niño delincuente, en Nueva Sociedad, 112, 124-135.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1994): Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral, Bogotá, Forum Pacis.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (2004): Infancia: De los derechos y de la justicia, Buenos Aires, Del Puerto.
- GÓMEZ HEGUY, C. (2008): Del “Niño” a la “Niñez y Adolescencia”: El período Intercódigos, en D. Fessler & C. Gómez Heguy (Comps.), Sistema Penal Juvenil, Montevideo, CIEJ.
- IBÁÑEZ, T. (2001): Psicología Social Construccionalista, México, DF, Universidad de Guadalajara.
- LEOPOLD, S. (2014): Los Laberintos de la Infancia: Discursos, Representaciones y Crítica, Montevideo, Ediciones Universitarias.
- LEY NO. 19.055. Código de la Niñez y la Adolescencia. Se modifican los artículos 72 y 76 y se establece un régimen especial para adolescentes mayores de quince y menores de dieciocho. (2013). Recuperado de [http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?HYPERLINK
"http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=19055&Anchor"
Ley=19055&Anchor=](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?HYPERLINK=http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=19055&Anchor=Ley=19055&Anchor=)
- LEY NO. 18.777. Adolescentes Infractores de la ley penal. Modificaciones a la ley n° 17.823. (2011). Recuperado de [http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?HYPERLINK
"http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18777&Anchor"
Ley=18777&Anchor=](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?HYPERLINK=http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18777&Anchor=Ley=18777&Anchor=)
- LEY NO. 17.823. Código de la niñez y adolescencia. (2004). Recuperado de <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17823&Anchor=>
- LEY NO. 16.137. Convención sobre los Derechos del Niño. (1990). Recuperado de <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=16137&Anchor=>
- LEY NO. 9.342. Código del Niño. (1934). Recuperado de <http://www.montevideocontigo.org/documentos/Codigo-del-Nino.pdf>

- LÓPEZ GALLEGO, L. (2016): Prácticas de control socio-penal. Dispositivo Psi Pericial y adolescentes mujeres en el sistema penal juvenil uruguayo (Tesis doctoral), Universitat Autònoma de Barcelona. Recuperado de:
- LÓPEZ GALLEGO, L. & PADILLA, A. (2013): Responsabilidad adolescente y prácticas psi: Relaciones peligrosas, en C. González Laurino, S. Leopold Costábile, L. López Gallego, & P. Martinis (Eds.), *Los sentidos del castigo: El debate uruguayo sobre la responsabilidad en la infracción adolescente*, Montevideo, Trilce.
- MALET, M. (2008): Perspectiva crítica del Código de la Niñez y la Adolescencia desde los principios del Derecho Penal Juvenil, en D. Fessler, & C. Gómez Heguy (Comps.), *Sistema Penal Juvenil*, Montevideo, CIEJ.
- PADILLA, A. (2012): Híbridos acto-autor y responsabilidad en el sistema de justicia juvenil: Reflexiones a partir de los estudios de Michel Foucault sobre el derecho (Tesis de maestría), Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
- PITCH, T. (2003): *Responsabilidades limitadas: Actores, conflictos y justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- ROSE, N. (1998): *Inventing our selves: Psychology, Power and Personhood*, United Kingdom, Cambridge University Press.
- SCHURMANN PACHECO, R. (1990): El problema de las garantías en el Derecho de Menores, en *Gurises Unidos*, 2 (3), 20-21.
- URIARTE, C. (2005): Culpabilidad y Derecho Penal Juvenil, en *Revista de Derecho Penal*, 15, 53-94.
- VICENTÍN, M.C. (2006): A questão da responsabilidade penal: notas para uma perspectiva ético-política, en ILANUD, ABMP, SEDH, UNSPA (orgs). *Justica Adolescente e Ato infraccional. Socieducacao e responsabilizacao*, São Paulo, Método.
- WINNICOTT, D. (1993): *Los procesos de maduración y el ambiente facilitador: Un estudio para una teoría del desarrollo emocional*, Buenos Aires, Paidós. (Trabajo original publicado en 1963).